Das Scheingeschäft des bürgerlichen Gesetzbuches (§ 117 Abs. 1).

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Curt Runde
Rechtskandidat aus Danzig.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

LEIPZIG
Buchdruckerei von Gebr. Zschocke
1915

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545810_0123

Meinem lieben Vater.

Inhaltsverzeichnis.

I. Die Simulation des gemeinen Rechts 1

II. Das Scheingeschäft des BGB 2

A) α Die Voraussetzungen des Scheingeschäftes 2

§ 1 Willenserklärung 3

§ 2 Empfangsbedürftigkeit der Willenserklärung . . . 4

§ 3 Einverständnis über die Scheinnatur 8

β Verwandte Rechtstypen 12

B) Die juristische Bedeutung des Scheingeschäftes 16

α Grundsatz der absoluten Nichtigkeit unter den Parteien . 16

β Grundsatz der absoluten Nichtigkeit gegenüber Dritten . 22

§ 1 im Verhältnis Dritter zu den Parteien 22

§ 2 im Verhältnis der Parteien zu Dritten 26

γ Simulation im Zivilprozeß und Konkurs 32

C) Schadensersatzpflicht 34

Literaturverzeichnis.

Bähr, „Ueber Irrungen im Kontrahieren“ im Jahrbuch für Dogmatik. Bd. 14, S. 393 ff.

Baron, Pandekten, 8. Aufl. Leipzig 1893.

Biermann, Bürgerliches Recht. Bd. I, 1908.

Breit, Max, 1500-Mark-Verträge zur Ausschließung von Gehaltspfändungen 1914.

Breit, James, Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im sächs. Archiv für bürgerl. Recht. Bd. 13, S. 283 f; Bd. 15, S. 167, 637.

Brinz-Lotmar, Lehrbuch der Pandekten, 2. Aufl. 1895.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, 6. Aufl. 1913.

Crome, System des Deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I, 1900.

Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. 3. Aufl. 1911.

Danz, Zur Willens- und Erklärungstheorie des BGB in D. Jur.-Ztg. 1906. S. 1277 ff.

Denkschrift zum BGB.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens.
Bd. I Die allgemeinen Lehren. 3. Aufl. 1906.
Bd. IV Familienrecht. 4. Aufl. 1908.

Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts. Bd. I. 4./5. Aufl. 1894.

Dernburg, Pandekten. 7. Aufl. Besorgt v. Biermann. 1902/1903.

Dreyer, Das fiduziarische Rechtsgeschäft in Gruchot 40, S. 232 f.

Dungs, Die Rechtsstellung des Gläubigers für fremde Rechnung in Gruchot 32, S. 8 f.

Eltzbacher, Handlungsfähigkeit in Neumanns Jahrbüchern des Rechts 1904. II.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. I, 8./9. Aufl. 1903.

Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. 1889.

Enneccerus, Kipp, Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I, Abt. 1,2 Enneccerus 9.—11. Aufl. 1913.

Entscheidungen des Reichsgerichts.

Fischer und Henle (Ebert, Schneider) BGB. 9. Aufl. 1912.

Forrer, Ueber Simulation und Mentalreservation nach römischem Recht Diss. Bern.

Friedberg, Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts. 6. Aufl. 1909.

Goldmann-Lilienthal, Das bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt. 2. Aufl. Bd. I. 1903.

Goldstaub, Simulierte und fiduziarische Rechtsgeschäfte nach dem BGB. Diss. Rostock 1903.

Grueber, Die Willensmängel der Rechtsgeschäfte nach dem BGB in den Blättern für Rechtsanwendung. Bd. 63.

Haidlen, BGB mit Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten. 1897—1898.

Hartmann, Wort und Wille im Rechtsverkehr in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik. Bd. 20.

Hellmann, Vorträge über das BGB. 1897; in Iherings Jahrbuch für Dogmatik. Bd. 42, S. 413 ff.

Hellwig, Anspruch und Klagerecht in Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß. Bd. 5.

Hellwig, Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft. 1910.

Hölder, Kommentar zum BGB. 1900.

Hölder, Zur Theorie der Willenserklärung. 1905.

Hölder, Das Wesen der rechtswirksamen Willenserklärung, in Iherings Jahrbuch. Bd. 55, S. 413 ff.

Hölder, Wesenstheorie und Erklärungstheorie in Iherings Jahrbuch. Bd. 58.

Jaeger, Kommentar zur Konkurs-Ordnung. 3./4. Aufl. 1908.

Jaeger, Lohnverträge zu Gunsten der Ehefrau, in Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht 1914, S. 1065 f.

Jander, Die Legitimationsübertragung in Juristischer Wochenschrift. 1913, S. 471.

Kindel, Das Recht an der Sache. 1907.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I, Allg. Teil. 1906.

Kohler im Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 80, S. 143.

Kohler in Iherings Jahrbuch für Dogmatik. Bd. 28, S. 169 f.

Kohler, Studien über Mentalreservation und Simulation, in Iherings Jahrbuch Bd. 16, S. 140 ff.

Kommentar zum BGB von Reichsgerichtsräten. 2. Aufl. 1913.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB I. 1898.

Kuhlenbeck in Juristischer Wochenschrift 1895, S. 617.

Kuhlenbeck BGB. 2. Aufl. 1903—1904.

Leonhard, Der allgemeine Teil des BGB in seinem Einfluß auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft. Berlin 1900.

Lotmar, In kritischer Vierteljahrsschrift 25, S. 370; 26, S. 273.

Manigk, Willenserklärungen und Willensgeschäfte nach BGB 1907.

Matthias, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 6. Aufl. 1914.

Mommsen, Erörterungen II, 1879.

Motive zum BGB.

Neumann, Handausgabe des BGB. 6. Aufl. 1912.

Oertmann, BGB allgem. Teil, 2. Aufl. des Kommentars von Gareis. 1908.

Graf v. Pestalozza, Der Begriff der Mentalreservation im Sinne des § 116 BGB. München 1904.

Planck, Kommentar zum BGB. Bd. I, 4. Aufl. Berlin 1913.

Protokolle zum BGB.

Reatz, BGB.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (Falkmann und Mugdan).

Regelsberger im Archiv für zivilistische Praxis 1880. Bd. 63, S 173 ff.

Regelsberger in Endemanns Handbuch des Handelsrechts II, 1882.

Regelsberger, Pandekten I. Band. Leipzig 1893.

Rehbein, BGB Bd. I, allgemeiner Teil. 1899.

Rosenberg, Stellvertretung im Prozeß. Berlin 1908.

Rosenthal, BGB, 9. Aufl. Graudenz 1914.

Röver, Ueber die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen. 1874.

Savigny, System des heutigen römischen Rechts. Bd. III. 1840.

Schall, Der Parteiwille im Rechtsgeschäft. 1877.

Scheiff, Divergenz zwischen Wille und Erklärung. 1897 Diss. Bonn.

Scherer, Familienrecht. Erlangen 1900.

Schloßmann, Der Vertrag, 1876.

Schollmeyer, Der Recht der Schuldverhältnisse. 1900.

Seuffert (Lothar), Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 11. Aufl. 1911.

Sintenis, Der simulierte Prozeß in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß und das Verfahren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Bd. 30, S. 358 f.

Sonntag, Das simulierte Rechtsgeschäft. Erlangen, Diss. 1899.

Staudinger, Kommentar zum BGB. 7./8. Aufl. 1912.

Stein (früher Gaupp-Stein), Zivilprozeßordnung. 10. Aufl. 1911.

Stolzenwald, Simulation beim Grundstückkauf. Diss. Rostock.

Strohal, Das deutsche Erbrecht. 3. Aufl. 1903—1904.

Strohal in Iherings Jahrb. Bd. 28, S. 352.

Thibaut, Lehrbuch des französischen Zivilrechts. 1841.

Traumann, Scheinprozeß, Rechtsordnung und Standespflicht, in Jur. Wochenschrift 1914, S. 135 f.

Türke-Niedenführ und Winter, BGB 1911.

Vogel, Mentalreservation und Simulation. Diss. Erlangen 1909.

Wach, Handbuch des Zivilprozesses I. 1885.

Wächter, Pandekten I. 1880, 1881.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. 1906.

Windscheid im Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 63, S. 75 f.

Windscheid, Wille und Willenserklärung. Akad. Programm 1878.

Wienstein, Bemerkungen zum Begriff des fiduziarischen Rechtsgeschäfts in Gruchots Beiträgen, Bd. 46, S. 241 f.

Wienstein in Gruchot, Bd. 48, S. 705 f.

Zitelmann, Das Rechtsgeschäft im Entwurf eines BGB. 1889.

Zitelmann in Iherings Jahrbuch für Dogmatik Bd. 16, S. 357 f.

Zrodlowski, Römisches Privatrecht. II. Bd. 1880.

I.

Die Simulation des gemeinen Rechts.

Im Anschluß an das römische Recht[1]) kennt auch das gemeine Recht den Begriff der Simulation[2]). Man versteht darunter das zur Täuschung Dritter — nicht des Vertragsgegners — vorgenommene Rechtsgeschäft, durch das der Handelnde einen Willen erklärt, den er in Wirklichkeit nicht hat[3]). Die Folge ist die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes[4]). Das Merkmal dieser Simulation ist, daß das Auseinandergehen von Wille und Erklärung beabsichtigt ist; ist es unbeabsichtigt, so handelt es sich um Irrtum, Drohung, unrichtige Uebermittlung. Dahingegen werden die Fälle der Mentalreservation (einseitiger und zweiseitiger) vom Begriff der Simulation im weiteren Sinne mit umfaßt[5]), da auch hier der Erklärende bewußt einen ihm gar nicht innewohnenden Willen kundgibt[6]).

Mit den simulierten Geschäften nicht zu verwechseln sind die sog. „typischen Scheingeschäfte“[7]), wie die mancipatio

---

[1]) Simulation l. 3 § 2, l. 54 D. 44, 7; l. 24 D. 29, 1; l. 2 Cod. 4, 22. Dissimulation l. 36 Dig. 18, 1; l. 6 Dig. 41, 6.

[2]) Windscheid § 75 S. 380.

[3]) Windscheid a. a. O., Baron § 50 S. 91.

[4]) Brintz-Lotmar Pandekten S. 426; Regelsberger Pandekten S. 516.

[5]) Brinz-Lotmar, S. 20ff; umfangreiche Literatur S. 22, Anmkg. 5 u. 6.

[6]) Gr. v. Pestalozza S. 1—15; Seufferts Archiv Bd. 35 No. 269 und die bei Windscheid a. a. O. 1c aufgeführte Literatur.

[7]) Von Forrer, S. 15, auch zu den „Scheingeschäften im weiteren Sinne“ gerechnet.

nummo uno und die in iure cessio in diesen besonderen Rechtsformen, da sie eben lediglich eine besondere Rechtsform darstellen und eine Täuschung bei ihnen nicht beabsichtigt ist.

II.

Das Scheingeschäft des BGB.

A α Die Voraussetzungen des Scheingeschäftes.

Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896 hat die Fälle der Mentalreservation im § 116 für sich behandelt[1]).

Der Begriff der Simulation ist weiter noch durch das Erfordernis der Empfangsbedürftigkeit des Rechtsgeschäftes eingeschränkt worden. Simulation[2]) ist nach § 117 die einem andern gegenüber abzugebende Willenserklärung, die im Einverständnis des Empfängers nur zum Schein abgegeben wird.

Demnach gehört zum Gesamttatbestande des Scheingeschäftes, daß es sich handelt:

1. um eine Willenserklärung, die
2. einem andern gegenüber abzugeben ist, und die
3. im Einverständnis beider Parteien nur zum Schein abgegeben wird, so daß Dritte getäuscht werden.

[1]) Matthiaß, S. 210, bezeichnet die Simulation als einen Unterfall der Mentalreservation.

[2]) Das BGB kennt den Ausdruck Simulation oder simuliertes Rechtsgeschäft als terminus technicus nicht, sondern gebraucht hierfür die Bezeichnung Scheingeschäft. Der sprachlichen und begrifflichen Erleichterung wegen wollen wir die Ausdrücke „Simulation", „simuliertes Rechtsgeschäft" und „Scheingeschäft" als gleichartig und gleichbedeutend anwenden. Die Motive I, S. 191, 193 sprechen von Scheingeschäften mit und ohne Täuschungsabsicht. Ob man mit Stolzenwald (S. 12) die Simulation ohne Einschränkung zu ersteren zählen kann, mag an späterem Falle erörtert werden.

§ 1. Willenserklärung.

a) Zunächst muß es sich also um ein Rechtsgeschäft handeln. Den Ausdruck „Rechtsgeschäft" gebraucht das BGB im wesentlichen als gleichbedeutend mit „Willenserklärung"[1]), obwohl die Willenserklärung nur ein Tatbestandsteil des Gesamttatbestandes des Rechtsgeschäfts darstellt[2]). Was unter einem Rechtsgeschäft zu verstehen ist, bestimmt das Gesetz nicht näher. Es ist, wie sich aus den Motiven[3]) ergibt, im Anschluß an das gemeine Recht[4]) darunter eine bestimmte Art von Rechtshandlungen zu verstehen, nämlich die, bei denen ein rechtlich bedeutsamer Erfolg nur um deswillen und insoweit eintreten kann, als er gewollt ist.[5])

Ob dieser Erfolg in der Veränderung eines bereits bestehenden Rechtsverhältnisses unmittelbar oder bloß mittelbar liegt, — ob es sich also um ein Verfügungs- oder um ein Verpflichtungsgeschäft handelt —, ist für § 117 ohne Bedeutung.[6])

b) Auch die Prozeßhandlungen sind Willensbetätigungen des Gerichts oder der Parteien[7]); die ersteren scheiden aus dem Rahmen dieser Arbeit aus.[8]) Die Parteihandlungen sind regelmäßig Willenserklärungen, die einen bestimmten, von der Prozeßordnung geregelten[9]) Erfolg herbeiführen sollen[10]); außer dieser prozessualen können auch[11]) materiellrechtliche Wirkungen mit ihnen verbunden sein, wie z. B. bei der Klage-

---

[1]) Endemann, S. 273 Anmkg. 11; Staudinger, Vorbemerkung II, 2 zum III. Abschnitt; auch schon Savigny III § 114.

[2]) Kommentar von Reichsgerichtsräten Anmkg. 4 zu § 104.

[3]) I, 126.

[4]) Dernburg Pand. I § 106 ff.; Windscheid-Kipp § 69.

[5]) So im wesentlichen die allgemeine Ansicht: Vgl. Planck, Vorbemerkungen zum III. Abschnitt S. 221 ff.; RG 58, 346.

[6]) Ueber stillschweigende und ausdrückliche Willenserklärungen siehe unter II § 3.

[7]) Stein, Vorbemerkungen IV, 1 vor § 128.

[8]) Siehe II § 2 dieser Arbeit.

[9]) Hellwig, S. 7.

[10]) Stein, Vorbemerkungen IV, 3 vor § 128.

[11]) Wach, S. 536 Nr. 12, 576 f; Dernburg, BR I § 107 S. 331.

erhebung. Dadurch, daß der durch den Parteiakt bezweckte Erfolg fast nur mittelbar[1]) (durch Mitwirkung des Gerichts oder des Gegners) eintreten kann, unterscheidet sich das Prozeßrechtsgeschäft von dem des BGB. Allein wegen dieses Unterschiedes die Unanwendbarkeit der rechtsgeschäftlichen Bestimmungen des BGB auf die Prozeßhandlungen anzunehmen[2]), erscheint verfehlt, da auch sie durch Irrtum, Drohung, sehr beeinflußt werden können. Zudem versteht die Prozeßordnung selbst (§ 54 ZPO) unter Prozeßhandlungen auch die Rechtsgeschäfte des BGB, z. B. den Vergleich (§ 779 BGB)[3]), soweit sie im Rahmen des Prozesses getätigt werden.

§ 2. Empfangsbedürftigkeit der Willenserklärung.

Diese Willenserklärung muß nach BGB § 117 einem andern gegenüber abzugeben d. h. eine „empfangsbedürftige“[4]) Willenserklärung sein.[5]) Wann aber eine solche vorliegt, sagt das BGB nur in einigen Fällen ausdrücklich. Eine Erklärung ist dann empfangsbedürftig[6]), wenn sie, um eine verbindliche Verlautbarung des Willens darzustellen[7]), einem andern gegenüber abgegeben werden muß.

---

[1]) Ausnahme: z. B. Verzicht auf Rechtsmittel.

[2]) So Stein a. a. O. (S. 364 f.).

[3]) Seuffert zu § 54 mit reichhaltiger Literaturangabe.

[4]) Zitelmann, Rechtsgeschäft S. 23.

[5]) Vgl. Staudinger, BGB § 130; Bemerkung IIIa vor § 116. Dernburg BR I S. 325 ff. nennt die nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen „selbstherrliche“, um ihre von dem Empfange unabhängige Wirksamkeit zu bezeichnen. Hellmann (Vortr. S. 59; Iherings Jahrb. 42 S. 413 ff.) will unter Willenserklärung nur die eines Adressaten bedürftige verstanden wissen; die „selbstherrliche“ nennt er „Willensverwirklichung“; beide unterfallen den „Willensäußerungen“. Da das BGB aber selbstherrliche Rechtsgeschäfte, nämlich das Testament, selbst „Erklärung“ nennt, ist dieser Unterscheidung nicht zuzustimmen.

[6]) Cosack, DBR Bd. I S. 156; Endemann, Einf. in das BGB S. 274 ff.; Matthiaß, BGB Bd. I S. 95/96.

[7]) Siehe Endemann, DBR Bd. I S. 308.

A) Es muß ein bestimmter Destinatär (Adressat, Empfänger)[1]) vorhanden sein, dessen Rechtssphäre durch die Willenserklärung berührt wird. In das Gebiet der empfangsbedürftigen Willenserklärung gehören daher namentlich die auf Abschluß eines Vertrages (mehrseitigen Rechtsgeschäfts) gerichteten Willenserklärungen (ausnahmsweise ist die Annahmeerklärung auf einen Vertragsantrag in den Fällen des § 151 nicht empfangsbedürftig), aber auch sehr viele Rechtsgeschäfte, bei denen einseitig in die Rechtssphäre der anderen Partei eingegriffen wird, wie Mahnung, Kündigung, Aufrechnung, Widerruf bei Schenkung etc. Nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen[2]) können somit als simulierte Rechtsgeschäfte nicht in Betracht kommen, da bei ihnen infolge des Mangels des gegenseitigen Einverständnisses ein Tatbestandsmerkmal der Simulation entfällt.

Aus diesem Grund ist auch mit Strohal[3]) die Frage, ob bei dem eigenhändigen Testament die Möglichkeit der Simulation vorhanden ist, im Gegensatz zu Endemann[4]) zu verneinen.

Der Adressat der empfangsbedürftigen Willenserklärung kann auch der Erklärende selbst sein, wenn es ihm besonders gestattet ist oder es sich handelt um die Erfüllung einer Verbindlichkeit (§ 181 BGB).

Ob die empfangsbedürftige Willenserklärung nun formlos ist oder ob sie der Schriftlichkeit oder sogar der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf, ist gleichgültig, da ihr durch die Form das Charakteristikum der Empfangsbedürftigkeit nicht genommen wird.

B) Zweifelhaft und auch sehr bestritten ist die Frage über die Anwendbarkeit des § 117 bei Erklärungen, die einer

---

[1]) Goldstaub, S. 14.

[2]) Nicht empfangsbedürftige, „selbstherrliche“ Willenserklärungen sind also wirksam, auch ohne daß sie einer bestimmten Person gegenüber abgegeben werden, z. B. Testamentserrichtung, Okkupation.

[3]) Strohal, Das Deutsche Erbrecht, Bd. I S. 297.

[4]) Endemann, Bd. III, S. 202.

Behörde gegenüber abzugeben sind („amtsempfangsbedürftige" Willenserklärungen).

Die Anwendbarkeit des § 117 bei privatrechtsgeschäftlichen Willenserklärungen einer Behörde gegenüber ist jedoch zu verneinen, da derartige Erklärungen nicht empfangsbedürftige, sondern selbstherrliche sind.[1]) Denn in § 130 wird zwischen der gegenüber einem andern (Abs. 1) und der gegenüber einer Behörde (Abs. 3) abzugebenden Willenserklärung unterschieden; da in § 117 nur von der einem andern abgegebenen Erklärung gesprochen wird, so scheidet die Erklärung gegenüber einer Behörde als möglicher Simulationsfall aus.[2]) „Daß die Vorschrift sich auch auf die einer Behörde gegenüber abzugebende Willenserklärung beziehen sollte, kann umso weniger angenommen werden, als Behörden Scheingeschäfte weder vornehmen dürfen noch werden." [3])

Wenn das bürgerliche Gesetzbuch vorschreibt, die privatrechtsgeschäftliche Willenserklärung sei vor einer Behörde (§§ 925, 1317 u. a.) oder einer Behörde gegenüber (§§ 928, 976 u. a.) oder einem andern oder einer Behörde gegenüber (§§ 875, 876 u. a.) abzugeben, kann jedenfalls die Behörde niemals als Destinatär, in dessen Rechtssphäre durch die Erklärung eingegriffen wird, in Frage kommen; aus diesem Grunde entfällt bei Möglichkeit der Abgabe einer Erklärung gegenüber einer Behörde o d e r dem Gegner das Moment der Empfangsbedürftigkeit der Willenserklärung und somit auch ein Tatbestandsmerkmal der Simulation. Es würden in diesen Fällen wiederum die Regeln des § 116 BGB betreffs einseitiger resp. zweiseitiger Mentalreservation Anwendung finden.[4]) Wohl aber

[1]) Dernburg, BR I S. 336.

[2]) Daher kann (vgl. RgE in Seuff. Arch. 42 Nr. 280) die Ausschlagung einer Erbschaft kein simuliertes Rechtsgeschäft sein; sie ist vielmehr nach § 116 rechtswirksam (Grueber S. 449).

Dernburg, BR I S. 18.

[3]) Planck, § 117 Bemerkung 4, Windscheid S. 383; a. M. Oertmann Erl. 3b zu § 117.

[4]) Planck a. a. O.

kann eine einem andern gegenüber vor einer Behörde abzugebende Erklärung, z. B. die Auflassungserklärung (§ 925 BGB), im beiderseitigen Einverständnis simuliert sein. Nach denselben Grundsätzen sind auch die Fälle zu behandeln, in denen es sich um im beiderseitigen Einverständnis nicht ernstlich gemeinte Erklärungen vor der Behörde handelt, bei denen die Behörde nicht bloße Hilfsperson, sondern auch sachlich beteiligt ist und die Behörde die Simulation nicht kennt, z. B. bei einem Prozeß [1]), gerichtlichen Anerkenntnis etc.[2]) Denn dadurch, daß die Erklärungen der Behörde abgegeben werden, wird die Verbindung, die zwischen Abgeber der Willenserklärung und Destinatär vorhanden sein muß, unterbrochen; es entfällt das Moment der Empfangsbedürftigkeit.[3]) Es sind wiederum die Regeln des § 116 BGB betreffs Mentalreservation anzuwenden.[4]) In allen andern Fällen, sei es, daß der behördliche Akt ein bloßer Hilfsakt, nur „Formerfordernis" ist, oder daß die Behörde die Simulation kennt, ist diese vorher erwähnte Verbindungskette nicht durchbrochen, und es kommen wiederum die Bestimmungen des § 117 BGB in Frage.[5]) Das bürgerliche Gesetzbuch lehnt jedenfalls eine Ausnahme, „alle vor staatlichen Organen vorgenommenen, bezw. öffentlich beurkundeten Scheingeschäfte als gültig zu behandeln" [6]) mit Recht ab.

[1]) Ueber Simulation im Prozeß und Konkurs siehe oben II S. 1; unten Seite 32.

[2]) Von Oertmann, BR A. T. S. 350, konstitutive Staatsakte genannt.

[3]) Einen ähnlichen Standpunkt nimmt Matthiaß BGB Bd. I § 49 ein.

[4]) Hölder, S. 254.

[5]) Praktisch dürfte die ganze Frage nicht werden, soweit das Gericht in Frage kommt, da dieses als staatliche Behörde in „Ausübung obrigkeitlicher Funktionen" nicht selbst simulieren kann und auch mit der Simulation eines anderen nicht einverstanden sein darf.

Vgl. ferner Hölder zu § 117; Windscheid-Kipp, Pand. § 15 Nr. 3; Kohler, DR I, S. 489/90.

[6]) Motive I, S. 193.

§ 3. Einverständnis über die Scheinnatur.

Die Parteien müssen über die Scheinnatur des vorgenommenen Rechtsgeschäfts einig sein. In diesem Punkte liegt das Charakteristische des Scheingeschäfts des BGB, wodurch es sich von der Simulation des gemeinen Rechts hauptsächlich unterscheidet, nämlich, daß eine Täuschung der Gegenpartei nicht beabsichtigt ist, sondern daß beide Parteien sich darüber einig und dessen vollständig bewußt sind, daß der Inhalt ihrer Willenserklärung nicht den Tatsachen entspricht.[1]) Durch das Scheingeschäft wollen die Parteien bewirken, daß das vertragliche, tatsächliche Sinnenverhältnis zwischen den Parteien der Kenntnisnahme Dritter entzogen (evtl. sogar statt des echten ein anderes den Tatsachen nicht entsprechendes Rechtsverhältnis Dritten gegenüber glaubhaft gemacht) wird.

Diese Scheinnatur des Rechtsgeschäfts ist auch dann vorhanden, wenn die Parteien die gerade diesem Rechtsgeschäft eigentümliche Wirkung ausschließen; so ist z. B. eine Zession simuliert, wenn sie unter der Vereinbarung erfolgt, daß die Befugnis, die Leistung vom Schuldner im eigenen Namen zu fordern, auf den neuen Gläubiger nicht übergehen soll.[2])

a) In dem Einverständnis über die Scheinnatur des Rechtsgeschäfts besteht auch das wesentliche Unterscheidungsmerkmal von der Mentalreservation, und zwar auch von dem früher mit ihm gleichgestellten Fall der zweiseitigen Mentalreservation.[3])

---

[1]) Eine bewußte Inkongruenz zwischen Wille und Erklärung liegt auch vor beim simulierten oder Scheingeschäft. Allerdings ist es nicht ganz genau, die Simulation als „zweiseitige Mentalreservation" zu erklären. Denn indem das Scheingeschäft eine empfangsbedürftige Willenserklärung voraussetzt, unterscheidet es sich von der Mentalreservation dadurch, daß dem andern (empfangsbedürftigen) Teil die Simulationsabsicht bekannt gemacht ist; die Täuschungsabsicht ist lediglich nach außen gegen Dritte gerichtet.

Vgl. auch Planck I, Bemerkung 1 zu § 117.

[2]) Entscheidungen des RG in J. W. 1914 Nr. 6 S. 526.

[3]) Vgl. Kohler in Arch. f. c. Pr. Bd. 80 S. 143 Anmkg.; in Iherings Jahrbüchern XVI S. 91, 98 ff., XXVIII S. 166.

Kuhlenbeck in J. W. XXIV Jahrg. 1895 S. 617.

„In der Tat", sagt Oertmann[1]), „liegen beide Fälle wesentlich verschieden. Bei der Simulation ist der bloße Scheincharakter des Geschäfts vereinbart, die Simulation Bestandteil der Vereinbarung; dagegen die Mentalreservation hat nichts mit dem objektiven Geschäft zu tun, sondern ist nur subjektiv in der Seele des einen Kontrahenten vorhanden. Der Vorbehaltende setzt bewußt ein Verhalten, das den äußeren Ausdruck eines Geschäftswillen verkörpert, dem Gegner als solcher erscheinen muß. Dadurch, daß der Mangel an Ernstlichkeit hier im geschäftlichen Tatbestande zutage treten muß, unterscheidet sich die Simulation auch von der im Ergebnis gleichartigen erkannten Mentalreservation" (§ 116 S. 2). Daß die Geschäftspartei nur als Strohmann vorgeschoben ist, materiell ein hinter ihr stehender Dritter die Geschäftswirkung erhalten soll, bewirkt natürlich nicht, daß das Geschäft simuliert und nach § 117 nichtig sei. Es richtet sich trotz des Einverständnisses der geheime Vorbehalt nicht wie beim Scheingeschäft gegen Dritte, sondern gegen den Empfänger.[2])

b) Wenn auch mit der Simulation eine Täuschung Dritter verbunden ist, so ist doch die Annahme verfehlt, daß in dieser Täuschungsabsicht stets ein rechtswidriges Handeln oder gar eine Schädigungsabsicht liegen müsse.[3]) Diese Verschleierung des wirklichen Tatbestandes kann, worauf Vogel[4]) hinweist, z. B. den ganz erlaubten Zweck haben, den wahren Sachverhalt der unberufenen Neugierde Dritter zu entziehen; oder es wird ein Kaufvertrag geschlossen, um die Kauflust des Publikums anzuregen, und ähnliches. Es liegt demnach in dem Abschlusse eines simulierten Vertrages nicht notwendig ein rechtswidriges Handeln.[5]) Im praktischen Leben wird die

[1]) Oertmann, BGB Allgem. Teil zu § 117 S. 349 ff.; vgl. auch Kohler, BGB S. 487, 489 IV; Regelsberger, Pand. S. 509.

[2]) Vgl. oben S. 8 Anmkg. 1.

[3]) Staudinger, Bemerkung 2 zu § 117.

[4]) Vogel, S. 2 Anmkg. 6.

[5]) Vgl. Hartmann in Iherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 20 S. 9: „Vor allem wäre die Annahme ganz unrichtig, daß in dem wissentlichen und

Simulation allerdings in den meisten Fällen darauf hinauslaufen, „unsaubere Machinationen“ zu verschleiern. Der am besten denkbare und tatsächlich auch häufigste Fall ist der, daß überschuldete Personen, um ihr Vermögen dem Zugriff der Gläubiger zu entziehen, ihnen Nahestehenden simulierterweise Vermögensobjekte dadurch übereignen, daß sie durch ein simuliertes constitutum possessorium (Miete oder Leihe) dieselben in ihrem Gewahrsam zurückbehalten.[1])

c) Dieses Einverständnis, daß die Erklärung des Willens nur zum Schein erfolgt, kann unter den Parteien ausdrücklich oder stillschweigend[2]) zustande kommen. Keine von diesen beiden Möglichkeiten würde das Tatbestandsbild der Simulation beeinflussen.

Einige Schriftsteller[3]) nehmen nun an, daß das BGB zwischen beiden eine Grenze nicht mehr hat ziehen wollen, da die Bestimmung des Entwurfs I § 72: „Die Willenserklärung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen“ fallen gelassen wurde. Dieser Folgerung ist nur insofern beizupflichten, als das BGB zwar keine Unterscheidungsmerkmale hat aufstellen wollen, andererseits aber hat es sicher solche empfunden. Hierfür sprechen in erster Linie die Motive.[4]) Hierfür spricht

---

vorbedachten Abweichen des äußerlich Erklärten von dem innerlich Beabsichtigten stets ein doloses Gebahren enthalten sei, welches die juristische Beurteilung eigentümlich beeinflussen muß.“

Kuhlenbeck, Von den Pand. zum BGB S. 395.

Savigny, System Bd. III, S. 6.

lex 1 § 2 D. de dolo malo 4, 3: posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari sicuti faciunt, qui per eiusmodi dissimulationem deserviant et tuentur vel sua vel aliena.“

[1]) Dernburg, Preuß. Privatrecht S. 214.

[2]) Vgl. die interessante Zusammenstellung bei Max Breit, S. 140.

[3]) Endemann, BGB I § 64; Rehbein, BGB S. 153: „Das BGB hat deshalb den Unterschied zwischen ausdrücklichen und stillschweigenden Willenserklärungen mit Recht aufgegeben.“

[4]) S. 153: „Derartige begriffliche Feststellungen sind nicht Aufgabe des Gesetzes; die bezüglich der Abgrenzung in der heutigen Wissenschaft bestehenden Meinungsverschiedenheiten sind auch nicht von solcher Tragweite, daß ein besonderes Eingreifen im Interesse der Rechtssicherheit erforderlich ist.“

auch der Wortlaut der §§ 244 und 700; denn in beiden Paragraphen verlangt das Gesetz eine ausdrückliche Vereinbarung.

Andere Schriftsteller[1]) ziehen zwischen ausdrücklicher und stillschweigender Willenserklärung folgende Grenze: Eine Willenserklärung sei ausdrücklich, wenn der Wille durch Wort oder Schrift erklärt; aber stillschweigend, wenn er durch Willenszeichen, z. B. Gebärden, zum Ausdruck gebracht wird. Da in vielen Fällen das Schweigen allein oder in Verbindung mit Handeln ebenso geeignet ist, den Willen zu erklären, wie das Wort, so ist dieser Ansicht nicht zuzustimmen; wenn z. B. A. und B. eine Arbeit übertragen hat mit der Bedingung, daß er am bestimmten Tage beginne, so ist der Beginn der Arbeit an dem bestimmten Tage so ausdrücklich wie möglich.[2])

Vielmehr muß man — im Anschluß an das gemeine Recht[3]) — das Augenmerk darauf richten, was der Erklärende bezweckt, ob er durch dieselbe das, was als sein wahrer Wille aufgefaßt werden kann, hat erklären wollen oder nicht.[4]) Willenserklärungen haben entweder den Zweck, einen bestimmten Willen zu offenbaren; dann sind sie ausdrücklich. Oder aber ein solcher Zweck läßt sich aus der Erklärung „für sich allein nicht feststellen", sodaß „alle Momente, die zur Auslegung einer Willenserklärung geeignet sind", berücksichtigt werden müssen; dann sind sie stillschweigend. Zu den stillschweigenden Willenserklärungen gehören auch Handlungen, die ohne rechts-

[1]) Reatz, BGB § 84; Hellmann, Vorträge S. 84 ff.

[2]) Rehbein, S. 153.

[3]) Für das gem. Recht vgl. Windscheid, Arch. f. civ. Prax. Bd. 65 S. 75 ff.; Brinz-Lotmar § 564; Waechter, Pand. I S. 362: „Die Willenserklärung kann geschehen

a) ausdrücklich (sog. consensus expressus) d. h. durch Worte oder Zeichen, welche lediglich den Zweck haben, den Willen zu erklären;

b) faktisch (sog. stillschweigende Erklärung, consensus tacitus) d. h. durch konkludente Handlungen, wenn man eine Handlung zunächst oder wenigstens mit zu einem anderen Zweck vornimmt, in ihr aber zugleich jener Wille ausgesprochen liege."

[4]) Siehe Planck, Vorbemerkung 2 zu § 116; Enneccerus-Lehmann, BR 30, I, S. 152; Crome, System des BR Bd. I, § 86.

geschäftliche Zweckbestimmung vorgenommen werden, denen aber kraft Gesetzes die Wirkung einer Willenserklärung zukommt, z. B. die pro herede gestio (§ 1943, § 1959)[1]). Zwischen einer ausdrücklichen Willenserklärung durch Schweigen und einer stillschweigenden Willenserklärung muß also unterschieden werden.

Das Einverständnis der Parteien über das Scheingeschäft kann ausdrücklich oder stillschweigend zustande kommen. Von Bedeutung wird der Unterschied erst bei der Frage, ob das Scheingeschäft selbst stillschweigend zustande kommen kann. Auf Grund der zuerst erwähnten Ansicht müßte man die Frage bejahen, auf Grund der zweiten verneinen. Denn zu den Begriffsmerkmalen des Scheingeschäfts gehört, daß das im stillschweigenden Einverständnis zum Schein Erklärte von Dritten als wahr angesehen werden soll. So könnten in diesem Falle als wahr angesehen werden nur die Worte oder Handlungen, die zunächst einen andern oder überhaupt keinen Zweck verfolgen. Anders wiederum bei einer Willenserklärung durch Schweigen. Hier kann dadurch, daß das Schweigen auch von Dritten erkannt werden kann, natürlich auch das Scheingeschäft vollständig richtig zustande kommen.[2])

β Verwandte Rechtstypen.

Das Verhältnis des simulierten Rechtsgeschäfts zur Mentalreservation und der früher mit ihm oft verwechselten zweiseitigen Mentalreservation haben wir eingangs schon besprochen, und es erübrigt sich daher, an dieser Stelle nochmals darauf einzugehen. Es gibt jedoch noch verschiedene andere Rechts-

[1]) Von Manigk als „Willensgeschäfte" bezeichnet S. 244 ff.; Staudinger zu § 1943.

Vgl. Stein, Vorbemerkung V 2 vor § 128.

[2]) Vgl. zu der ganzen Streitfrage: Eltzbacher, Handlungsfähigkeit in Neumanns Jahrb des Rechts 1904, II, 2. Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte S. 15. Oertmann, BGB Allgem. Teil S. 304 ff. Enneccerus, Rechtsgeschäfte, Bedingung und Anfangstermine S. 53.

typen, die oft zu Verwechslungen mit der Simulation Anlaß geben.

I. So sind z. B. von den simulierten Rechtsgeschäften scharf zu unterscheiden die verdeckten oder dissimulierten Rechtsgeschäfte, die sich meistens unter diesen verbergen.

Ein Beispiel wird den Gegensatz am besten veranschaulichen. A. will dem B. seine Wohnungseinrichtung schenken; doch um es Dritte nicht wissen zu lassen, gibt A vor, dem B etwas zu schulden, und B kauft für die Schuldsumme zum Scheine die Wohnungseinrichtung. Dann ist es beiden Parteien zwar mit dem Abschluß des Kaufvertrages nicht ernst, ernstlich ist aber ihr Wille, daß B. Eigentümer der Wohnungseinrichtung werde.[1])

Häufig pflegt sich unter einer Forderungsabtretung eine bloße Legitimationsübertragung zu verbergen.[2]) In solchen Fällen ist nach § 117 Abs. 1 zwar das Scheingeschäft nichtig, jedoch das durch das Scheingeschäft wirklich gewollte verdeckte Rechtsgeschäft nach § 117 Abs. 2 gültig, falls dessen Erfordernisse z. B. Formvorschriften (wie gerichtliche oder notarielle Beurkundung) erfüllt sind.[3])

II. Enthält die über ein Rechtsgeschäft ausgestellte Urkunde mit dem Willen der beiden Beteiligten tatsächlich unrichtige Angaben über die abgegebenen Willenserklärungen, besteht aber trotzdem die ernstliche Absicht, eine Verpflichtung der in der Urkunde bezeichneten Art einzugehen, so liegt kein Scheingeschäft vor.[4]) Gibt also A dem B einen Darlehnsschuldschein, damit B die durch Veräußerung des — in Wirklichkeit noch nicht bestehenden — Darlehnsanspruchs erlangte Summe dem

[1]) RG in Jur. Wochenschrift 1915 S. 48 f. Nr. 19; 1906 S. 51 f. Nr. 1.

[2]) Jander in Jur. Wochenschrift 1913 S. 471; RG 53, 416 ff.; Jur. Wochenschrift 1903 Beil. 53 Nr. 120.

[3]) Vgl. hierzu Oertmann, BGB A. T. S. 351; Dernburg, Bd. I S. 450; Staudinger, BGB Bd. I S. 397; RG Bd. 15 S. 593 ff., Bd. 22 S. 191 ff.; Planck, BGB Bd. I S. 273.

[4]) RG 9, 148; Jur. Wochenschrift 1913 Beil. 74 Nr. 170.

A als Darlehn gebe, so kann nicht der Einwand der Simulation gemacht werden, da die Absicht der Eingehung einer Darlehnsverbindlichkeit bei dem Unterzeichner A in ernstlicher Weise vorlag.[1])

Mit dem Scheingeschäfte hat auch nichts der Fall zu tun, daß Rechte an eine vorgeschobene Person übertragen oder durch eine vorgeschobene Person erworben werden, z. B. die Schenkung an einen nahen Angehörigen des in Wahrheit Bedachten.[2])

III. Ebenfalls nicht zu verwechseln mit den simulierten Rechtsgeschäften sind die gültigen[3]) sog. fiduziarischen[4]) Rechtsgeschäfte. Hier wollen die Parteien in Wirklichkeit etwas geringeres erreichen als das, was nach dem Inhalt des Vertrages gewährt wird; der eine Teil verläßt sich aber darauf, daß der andere Teil die auf ihn gesetzte fiducia[5]) nicht mißbrauchen wird.[6]) Ein Beispiel wiederum, das wir Rosenthal BGB (zu § 117 Abs. 2) entnehmen, wird die Sachlage am besten erläutern. Leute, die Kredit nur gegen Verpfändung beweglicher Sachen finden können, sind meist nicht in der Lage, die Sachen zu entbehren, z. B. ein junger Handwerker seine Wohnungs- und Werkstattseinrichtung. Der Schuldner (in diesem Falle also der Handwerker) verpfändet nun seine Einrichtung dem Gläubiger B nicht, sondern übereignet sie ihm, und beide vereinbaren, daß der Schuldner die bis dahin ihm gehörigen Sachen auch ferner im Besitze behält, jedoch nicht wie bisher als Eigentümer, sondern etwa als Mieter gegen Monatszins oder

[1]) RG 60, 21; Planck, Bemerkung 2 zu § 117; Jur. Wochenschrift 1905 S. 137 Nr. 13.

[2]) Siehe RG 69, 44 ff.; Jur. Wochenschrift 1914 S. 586 Nr. 3; Seuff. Arch. 60, 177; RG im Recht 1904, S. 600; Jur. Wochenschrift 1903 S. 63 ff.

[3]) Jaeger, § 29 Anmkg. 54.

[4]) Die Bezeichnung stammt von Regelsberger im Arch. f. zivil. Praxis 63, S. 165 ff.; vgl. insbesondere Dreyer a. a. O.

[5]) Crome, S. 334.

[6]) Regelsberger, Pand. I S. 489; Dernburg BGB I S. 566; Kohler, BGB S. 492; Matthiaß S. 226.

als Verwahrer, wodurch die Uebergabe der Sache an den Erwerber ersetzt wird, da er durch dieses Rechtsverhältnis mittelbaren Besitz erlangt. Dabei wird ferner die Nebenverabredung getroffen, daß der Schuldner das Recht des Rückkaufs haben soll (sog. Sicherungskauf oder fiduziarische Eigentumsübertragung). Hier wollen beide Teile ernstlich, daß das Eigentum mit allen seinen Befugnissen auf B übergehen soll.[1]) A hat aber zu B das Vertrauen, daß dieser von seinen Befugnissen keinen andern als den vertragsmäßigen Gebrauch machen wird und insbesondere die Sachen solange nicht veräußern wird, als dem A ein Rückkaufsrecht zusteht.

Demgemäß besteht das gemeinsame des simulierten Rechtsgeschäfts mit dem fiduziarischen Rechtsgeschäfte darin, daß bei beiden eine Innen- und eine Außenseite zu unterscheiden ist, daß auch beim fiduziarischen Rechtsgeschäfte die Parteien der Außenwelt nicht ihre gesamten Abmachungen preisgeben. Während aber beim simulierten Rechtsgeschäft die Kontrahenten die Erklärung, welche sie abgeben, weder der Außenwelt gegenüber noch in ihrem Innenverhältnis wollen, wollen beim fiduziarischen Rechtsgeschäfte die Parteien die von ihnen abgegebenen Erklärungen mit allen ihren Rechtswirkungen in Wirklichkeit — sowohl in ihrem Verhältnis zu Dritten als auch untereinander. Die Innenseite des Rechtsgeschäfts besteht aber darin, daß eine Nebenverabredung getroffen wird, nach der unter gewissen Voraussetzungen die eingetretenen Rechtswirkungen später wieder rückgängig gemacht werden sollen. So ist als Merkmal des fiduziarischen Geschäftes die Differenz zwischen Mittel und Zweck[2]), nicht aber eine zwischen Wille und Erklärung zu bezeichnen. Ebenso wie bei beweglichen Sachen wird auch mit Forderungen statt durch Verpfändung durch Abtretung an den neuen Gläubiger mit der Vereinbarung, daß bei Befriedigung der Forderung

[1]) RG 57, 175 ff.

[2]) Kommentar von Reichsgerichtsräten zu § 117 BGB; Oertmann, BGB S. 352; RG 62, S. 126.

Rückabtretung stattfinden soll, Sicherung bestellt (Sicherungsabtretung, Sekuritätszession).[1]) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat diese Geschäfte für rechtsgültig erklärt, sofern es feststeht, daß wirklich die Uebertragung des Eigentumsrechts oder des Forderungsrechts ernstlich gewollt ist und sie zu keinem unerlaubten Zweck erfolgt.[2])

IV. Das zur Umgehung des Gesetzes zwecks Erreichung eines von ihm mißbilligten Erfolges vorgenommene Rechtsgeschäft (sog. in fraudem legis agere) ist kein Scheingeschäft[3]), da die Geschäftsparteien den Erfolg in durchaus ernstlicher Weise beabsichtigen.[4])

B Die juristische Bedeutung des Scheingeschäftes.

α Grundsatz der absoluten Nichtigkeit unter den Parteien.

Ebenso wie das gemeine Recht steht auch das bürgerliche Gesetzbuch auf dem Standpunkt, daß das simulierte Rechtsgeschäft inbezug auf die Kontrahenten selbst nichtig ist; jedoch bestand und besteht noch heute über den inneren Grund der Nichtigkeit die erbittertste Meinungsverschiedenheit, die sich bis in die neueste Literatur fortgepflanzt hat.[5]) Unter

[1]) RG in Gruchots Beiträgen 48 S. 867; cf. Dungs S. 8.

[2]) RG in Gruchot 49 S. 345 ff.

[3]) RG in D. Jurist. Ztg. 1902 S. 485 Nr. 59.

[4]) Ueber die Frage, ob und inwieweit dies Geschäft nichtig ist vgl. Planck, BGB § 134 Erl.; Kohler in Iherings Jahrb. 16/141: „Es ist demnach die Frage, ob im Einzelfalle ein fiduziarisches Rechtsgeschäft eine Gesetzesumgehung und mithin nichtig ist, nach dem Sinne, der Tendenz des Gesetzes zu entscheiden: Die Frage der Gesetzesumgehung ist eine Frage der Gesetzesauslegung."

[5]) Auch das ALR für Preußen, Teil I Tit. 4 § 52 sagt, daß eine Willenserklärung, aus der Rechte und Verbindlichkeiten entstehen sollen, ernstlich sein muß. Ebenso das sächsische BGB § 828 und 829. Ferner das österreichische Gesetzbuch § 916 und das französische Recht (vgl. Thibaut, S. 194).

den sich entgegenstehenden Theorien müssen wir drei Hauptgruppen unterscheiden:

1. Die Willenstheorie,
2. Erklärungstheorie,
3. Vertrauenstheorie.

Die Anhänger der ersten[1]), die sich in der Hauptsache auf die Quellen stützen, gehen davon aus, daß die Erklärung sich mit dem Willen decken müsse und lassen nur den Willen als Faktor gelten, da nur diesem rechtserzeugende und rechtsgestaltende Kraft innewohnt. Erweist sich daher der in der Erklärung zum Ausdruck gebrachte Wille als nicht vorhanden, so könne der Erklärung eine rechtliche Bedeutung nicht zukommen.[2]) Da eben der in dem simulierten Rechtsgeschäft zum Ausdruck gebrachte Wille gar nicht der wahre Wille der Parteien sei, ergebe sich die Nichtigkeit der Simulation.

[1]) Ihr Begründer ist Savigny (III, S. 134, S. 259); zu ihren hervorragendsten Vertretern gehören für das gemeine Recht:

Windscheid, Wille und Willenserklärung, im Akad. Programm 1878 (auch abgedruckt im Arch. f. zivil. Praxis 63 S. 72 ff.);

Windscheid-Kipp, § 75 Anmkg. 1a;

Dernburg, Pand. I, S. 399;

Zitelmann, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 16 S. 357;

Regelsberger in Endemanns Handbuch II S. 412;

Enneccerus, Rechtsgeschäfte, Bedingung und Anfangstermin S. 67;

Mommsen, Erörterungen Bd. II S. 93 ff;

Scheiff, Divergenz zwischen Wille und Erklärung S. 28 ff;

RG 28, S. 16;

ALR I, 4, 52; I, 11, 70–74.

für das BGB:

Motive I, 191;

Crome, System des BR § 93 Nr. 3;

Dernburg, BR allgem. Teil § 101;

Biermann, BR A. T. § 47;

Enneccerus, BR § 136;

Rosenberg, Stellvertretung S. 32 ff.

Staudinger, Vorbemerkung IV vor § 116;

Reichsgericht in RG 28 S. 18 f.

[2]) Die Willenserklärung, sagt Windscheid an der in der vorigen Fußnote zitierten Stelle, ist mehr wie die Mitteilung des Willens. Sie

Zu demselben Ergebnis, jedoch mit anderer Begründung, gelangen auch trotz ihrer Gegnerschaft zur Willenstheorie die Anhänger der Erklärungtheorie.[1]) Sie fordern Berücksichtigung der Verkehrssicherheit und des guten Glaubens und behaupten deshalb, daß jeder bei seiner Erklärung stehen bleiben müsse[2]), auch wenn sie dem wahren Willen nicht entspricht.[3]) Bei der Anwendung ihrer Theorie auf das Scheingeschäft fassen sie die insgesamt von den Parteien getroffenen Verabredungen als eine einzige Erklärung auf und kommen auf diesem Wege zu dem Schluß, daß eine Erklärung, die selbst keine rechtlichen Wirkungen will, natürlich auch keine rechtliche Kraft erhalten könne. Aus dem Gesamttatbestand gehe deutlich

---

ist der Ausdruck des Willens. In der Willenserklärung wird nicht nur der auf Setzung der wahrnehmbaren Zeichen gerichtete Wille verwirklicht, sondern zugleich der auf die Hervorbringung der rechtlichen Wirkungen gerichtete Wille. „Sonst müßte man zu dem unhaltbaren Ergebnis gelangen, daß in dem Geben von Gift zum Zwecke der Lebensberaubung nur der Wille verwirklicht werde, daß das Gift in den Körper eindringe, nicht aber, daß der fremde Körper leblos werde."

[1]) Für das gemeine Recht:

Kohler, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 16 S. 91 ff., S. 325;

Röver, Ueber die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen S. 58;

Schall, Der Parteiwille im Rechtsgeschäft S. 22;

Schloßmann, Der Vertrag § 11—17;

Bähr, Ueber Irrungen im Kontrahieren. Jahrb. f. Dogmatik Bd. 14 S. 393 ff.

Für das BGB:

Cosack, L. d. BR Bd. I § 64;

Endemann, L. d. BR § 70;

Danz, D. Jurist. Ztg. 1906 S. 1277 ff., insbsondere S. 1279 u. a. m.

[2]) So im alten röm. Recht: Uti lingua nuncupasset ita ius esto; im germanischen Rechte: Ein Mann, ein Wort.

[3]) Kohler, Jahrb. f. Dogmatik 16 S. 100: „Wäre die Aeußerung nur eine Entdeckungsquelle des Willens, so wäre sie nur ein primus inter pares; jede ernstliche Erklärung an eine dritte unbeteiligte Person würde ihr gleich sein; es würde ihr gleich kommen, wenn ich meinen Willen in ein Tagebuch oder in einen Brief niederlege, den ich in mein Pult verschließe usw.".

hervor, daß eine Rechtswirkung nicht entstehen soll, weil dieser Gesamttatbestand nicht nur aus den Vertragserklärungen gebildet wird, sondern hierzu noch die Nebenvereinbarung gehört, daß dieser Vertrag nur zum Schein abgeschlossen sei, also keine rechtlichen Wirkungen nach sich ziehen solle. Hier tritt also nicht deshalb keine Rechtswirkung ein, weil ein innerer auf einen Rechtserfolg gerichteter Wille fehlt, sondern weil aus der Erklärung sich ergibt, daß eine Verpflichtung zum Austausch der Werte garnicht eintreten solle und die Rechtsordnung nur ihren Schutz gewährt, wenn ein solcher vorliegt.[1])

Die Vertreter der dritten Gruppe, die Anhänger der sog. Vertrauens- oder Läsionstheorie[2]), stellen als Grundsatz das Willensdogma auf, über das nur hinweggeschritten werden dürfe, wenn ein Verkehrbedürfnis es erfordere und wenn durch Geltendmachung des abweichenden Geschäftswillens das berechtigte Vertrauen des andern auf die Gültigkeit der Erklärung getäuscht werde, wie das beim Tatbestande der Simulation der Fall ist.[3])

II. Das bürgerliche Gesetzbuch hat, wie die Denkschrift sagt, den Einfluß der Willensmängel überhaupt nicht nach einer bestimmten Theorie geregelt, sondern sich lediglich von praktischen Gesichtspunkten leiten lassen. Jedoch läßt sich die grundsätzliche Anwendung des Willendogmas erkennen, das allerdings in einigen Stellen durchbrochen wird. Hierfür sprechen die Motive S. 191: „Die Nichtigkeit der Simulation

[1]) Siehe Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte S. 15.

[2]) Dernburg, BGB A. T. § 106; Regelsberger Bd. I S. 470 ff.

[3]) U. E. nach ist diese letzte Theorie auch die einzig durchführbare und richtige. Ein lückenloser Beweis für die Richtigkeit des Willens oder des Erklärungsdogmas hat und wird sich nicht finden lassen. Gewiss haben die Willenstheoretiker Recht, wenn sie den Willen als die Geburtsstätte und die Quelle unseres Handelns ansehen und nur diesem rechterzeugende Macht verleihen wollen; aber ebenso müssen wir den Anhängern der Erklärungstheorie beipflichten, wenn sie fragen: was nützt der Wille, wenn er stumm bleibt. Erst das Wort vermag ihn zur Geltung zu bringen.

ergibt sich schon aus dem Grundsatz, daß nur der wahre Wille rechtserzeugende Kraft hat." Jedoch heißt es an anderer Stelle: „Im allgemeinen ist festgehalten, daß der Erklärende zu seiner Erklärung stehen muß, soweit das Verkehrsinteresse dafür spricht und das Verhalten des Erklärenden ein solches ist, daß man sagen kann, es geschehe ihm nicht zu viel, wenn er beim Worte genommen wird." Also im ganzen ein der Vermittlungstheorie nahekommender Standpunkt.

Jedenfalls besteht über die Nichtigkeit in Bezug auf die Kontrahenten selbst kein Zweifel. Der Begriff der Nichtigkeit im BGB (ebenso wie im gemeinen Recht) bringt es mit sich, daß das nichtige Geschäft als Rechtsgeschäft rechtlich nicht vorhanden ist und daher keine der gewollten Rechtswirkungen auslöst.

Ein simulierter Lohnvertrag zu Gunsten der Ehefrau entzieht den Gehaltsanspruch des Ehemannes nicht dem Zugriff seines Gläubigers.[1]) Ist auf Grund einer Scheinübereignung eine Sache übergeben, so ist kein Eigentum übergegangen; ist auf Grund einer Scheinzession eine Forderung abgetreten, so ist der Zessionar nicht Gläubiger geworden. Ist jedoch lediglich das Kausalgeschäft, nicht aber das Leistungsgeschäft simuliert, so ist auch nur das erstere nichtig. Das Erfüllungsgeschäft ist dagegen gültig, da auf sein wirksames Zustandekommen das Vorhandensein eines Kausalgeschäftes ohne Einfluß, es m. a. W. abstrakt ist. Eine Eigentumsübertragung oder eine Zession auf Grund eines simulierten Kauf- oder Schenkungsvertrages sind also gültig. Der Mangel einer causa hat jedoch Bedeutung für den Weiterbestand des Leistungsgeschäftes; auf dem Wege der condictio sine causa (§ 812 BGB) ist seine Aufhebung mit — allerdings nur obligatorischen — Wirkungen möglich.

Besteht das Leistungsgeschäft in einem Doppelakt, wie z. B. die Eigentumsverschaffung an einem Grundstücke durch Auflassung und Eintragung, so vermag der rechtliche Erfolg

[1]) Jaeger in L. Z. S. 1067.

nicht einzutreten, wenn eines der beiden Bestandteile simuliert ist. Ist z. B. auf Grund einer simulierten Auflassung der Erwerber in das Grundbuch eingetragen worden, so ist trotzdem der Veräußerer noch der Eigentümer des Grundstückes geblieben. Das Grundbuch ist unrichtig; der Veräußerer hat einen Berichtigungsanspruch, zu dessen Sicherung er einen Widerspruch eintragen lassen kann.[1])

Haben die Parteien bei einem Rechtsgeschäfte die für dieses typische Wirkung vertraglich ausgeschlossen, z. B. bei der Bestellung eines Pfandrechts an einer Sache die Verkaufsberechtigung des Pfandgläubigers, so ist zwar die Pfandbestellung simuliert und nichtig, doch kann gemäß § 139 BGB Konversion möglich sein.

Ob die Simulation nun auf vermögensrechtliche oder familienrechtliche[2]) Rechtsverhältnisse sich bezieht, ist gleichgültig. Die einzige ausdrückliche Ausnahme, die das bürgerliche Gebuch von der allgemeinen Regel der Nichtigkeit der Simulation macht, ist die betreffs der Eheschließung. Während das römische Recht[3]) den Grundsatz der Nichtigkeit der simulierten Ehe hatte und im kanonischen[4]) Rechte sich dieselben Rechtssätze fanden, ist die Frage im gemeinen Recht bestritten[5]), bis der Erlaß des Gesetzes über die Beurkundung des Personenstandes vom 6. Februar 1875 den unsicheren Rechtsverhältnissen ein Ende bereitete und die Gültigkeit der simulierten Eheschließung aussprach.[6])

[1]) Vgl. unten II B j.

[2]) RG 29, 123; Seuff. A. 60, 130; OLG 4, 107; 6, 290 Dernburg, BR IV § 54, § 94.

[3]) l. 30 Dig. de ritu nuptiarium 23, 2 „Simulatae nuptiae nullius momenti sunt".

[4]) So Friedberg S. 428; a. M.: Kohler in Jahrbüchern 16, S. 126 f.; 28, S. 166; RG in Seuff. Arch. 53 Nr. 89.

[5]) Siehe Dernburg, Pand. I § 100 Anmkg. 7; Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 28 S. 166 ff.

[6]) Das Reichspersonenstandesgesetz räumt nur dem Zwang, Irrtum, Betrug einen Einfluß auf die Gültigkeit einer Ehe ein (§ 36 Absatz 2).

Ist — nach bürgerlichem Gesetzbuch — eine Eheschließung simuliert worden, d. h. sind zwei Personen eine Ehe „in der gehörigen Form, aber im Einverständnis eingegangen, daß es in Wahrheit keine Ehe sein solle“ [1]), so ist diese gleichwohl vollgültig.[2]) Als Beweis hierfür gelten die §§ 1323, 1330; da diese sowohl Nichtigkeitsgründe als auch Anfechtbarkeitsgründe erschöpfend aufzählen, und die Simulation sich nicht darunter befindet, so steht diese Frage außer allem Zweifel.[3])

3. Grundsatz der absoluten Nichtigkeit gegenüber Dritten.

§ 1.

Die Nichtigkeit im Verhältnis Dritter zu den Parteien.

Das bürgerliche Gesetzbuch spricht für das simulierte Rechtsgeschäft unter den Parteien die absolute Nichtigkeit aus; nach außen wird aber immerhin der Schein eines tatsächlichen Rechtsgeschäfts hervorgerufen. Hierdurch ergibt sich die Frage, welche Wirkungen die Simulation eben nach außen hin, im Verhältnis zu Dritten, hervorruft. Zunächst soll hier die Frage untersucht werden, ob sich Dritte allgemein auf Simulation berufen können.

[1]) Siehe Enneccerus, BGB Bd. I S. 162.

[2]) M. IV. S. 53 ff.: „Das Institut der Eheschließung verträgt keinen Mißbrauch. Wer unter der vorgeschriebenen Form erklärt, daß er die Ehe schließt, muß zu seinem Worte stehen.“

Dernburg, BR IV § 21.

[3]) Dagegen früher Windscheid-Kipp Bd. I S. 328 mit der Begründung, der Ausspruch des Standesbeamten schaffe nicht die Ehe. (§ 1318.) Von der zweiten Auflage an mit der herrschenden Meinung übereinstimmend (9. Aufl. S. 384). Gegen die herrschende Ansicht Neumann in Handb. des BGB zu § 1323 1332 mit der Begründung: „Es handle sich hier um bewußte Mängel des Eheschließungswillens“; daher nach § 1332 anfechtbar. Wir sind jedoch mit Staudinger der Ansicht, daß ein Widerspruch des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen, wie ihn § 1332 voraussetzt, hier nicht vorliegt. Ferner gegen die herrschende Ansicht Hölder, BGB Bd. I S. 255; Sintenis a. a. O.; Leonhard S. 400; Scherer S. 32.

Da die Nichtigkeit des Scheingeschäfts eine absolute ist[1]), müßte sie nicht nur von den Parteien unter einander, sondern auch von Dritten unbeschränkt geltend gemacht werden können.

Das Gesetzbuch selbst gibt uns hierüber keinen unmittelbaren Aufschluß; in der Praxis des RG hat sich im Anschluß an das frühere preußische Recht die Anschauung durchgesetzt, daß Dritte sich nur in dem Falle eines bestimmten persönlichen Interesses an der Geltendmachung der Nichtigkeit auf Simulation berufen können. RGE Bd. IV S. 253 führt aus: Nicht jedem kann es gestattet sein, ein zwischen anderen Personen vereinbartes Scheingeschäft anzufechten; Voraussetzung ist immer, daß der Anfechtende ein eigenes wirkliches Interesse an der Anfechtung hat. Ferner RGE Bd. 25 S. 208: Die prinzipielle Zulassung der Behauptung, daß der Zessionar zur Einziehung der Forderung berechtigt sei, würde ohne Darlegung eines besonderen Interesses bloßen Prozeßschikanen Vorschub leisten.[2]) „Selbst den Gläubiger gehe z. B. eine simulierte Abtretung von Wertpapieren nichts an, wenn ihm genügend Objekte zur Befriedigung verblieben".[3]) Ebenso könne nach RGE Bd. 20, S. 229 gegen die Auflassung oder die Eintragung des Eigentumsüberganges nicht bloß von den Kontrahenten, sondern auch von jedem außerhalb des Vertrages stehenden Dritten, dessen Recht durch die Eigentumsübertragung verletzt wird, die Simulation geltend gemacht werden. Der Praxis des RG haben sich eine große Anzahl namhafter Schriftsteller[4]) angeschlossen, unter denen am ausführlichsten und eindringlichsten Rehbein seine Ansicht begründet. Dieser führt u. a. den Fall an, daß die Namensaktie nach den

---

[1]) Vgl. Matthiaß S. 210; Oertmann, BGB S. 350; Regelsberger, BGB S. 517.

[2]) Siehe ferner RGE Bd. 20 S. 229, Bd. 32 S. 230.

[3]) Vgl. RGE Bd. 32 S. 232; Siehe hierzu Endemann BGB S. 365 Anmkg. 15.

[4]) Endemann, BGB Bd. I S. 364; Kuhlenbeck, BGB Bd. I S. 396; Dernburg, BGB Bd. I S. 427; Rehbein BGB Bd. I S. 130/31.

im HGB vom 10. Mai 1897 § 223 aufgestellten Erfordernissen übertragen und der Erwerber eingetragen ist oder die Inhaberaktie gemäß §§ 925, 935 BGB von dem Eigentümer einem andren in der Generalversammlung übertragen ist; dann könne die Aktiengesellschaft dem in der Generalversammlung so legitimierten Aktionär gegenüber sich grundsätzlich und regelmäßig nicht auf Simulation der Eigentumsübertragung berufen, „da sie kein Interesse daran habe, ob der eingetragene Eigentümer und der Inhaber, den sie nach dem Gesetz als Berechtigten ansehen darf, oder der andere auftritt".[1]) Rehbein[2]) begründet weiterhin seine Ansicht mit der Analogie aus den §§ 894 BGB und 876 der ZPO in Verbindung mit §§ 108 ff., 113 ff. des Zwangsversteigerungsgesetzes vom 29. 3. 97 betr. das Verteilungsverfahren in der Zwangsvollstreckung. Nach § 894 BGB kann nur derjenige, dessen Recht nicht oder nicht richtig in das Grundbuch eingetragen ist oder durch die Eintragung einer nicht bestehenden Belastung oder Beschränkung beeinträchtigt ist, falls der Inhalt des Grundbuchs in Ansehung eines Rechts an einem Grundstücke, eines Rechts an solchem Recht, mit der wirklichen Rechtslage nicht übereinstimmt, die Berichtigung des Grundbuchs verlangen. „Die Voraussetzung, daß das simulierte Rechtsgeschäft das Recht des Dritten beeinträchtigt, ist daher für § 894 direkt zu entnehmen."[3]) Ebenso habe nach Rehbein die Zulassung der Geltendmachung

---

[1]) Derselben Meinung Staudinger, Kommentar zum BGB Bd. I S. 447.

Vgl. OLGE Marienwerder 1904, 75. Hier wird der Fall der simulierten Forderungsabtretung behandelt und dem Schuldner auch nur bei persönlichem Interesse die Geltendmachung der Nichtigkeit zugestanden. „Das Interesse kann ein prozessuales sein, wenn z. B. die Abtretung in der ausgesprochenen Absicht erfolgt ist, daß der bisherige Gläubiger in dem demnächst gegenüber dem Schuldner anzustrengenden Prozesse auftreten kann."

Ebenso LGE Breslau 1904, 39.

[2]) Rehbein, BGB Bd. I S. 130 ff.

[3]) Rehbein, BGB Bd. I S. 131.

der Simulation ohne diese Voraussetzung im Verteilungsverfahren keine Berechtigung: werden alle konkurrierenden Gläubiger aus dem Erlös befriedigt, oder wird der, der die Simulation geltend macht, ohne die Vernichtung des angegriffenen Rechts befriedigt, so hat die Zulassung der Geltendmachung der Simulation keinen praktischen Sinn: „Da das Recht praktische Zwecke verfolgt, gilt die Voraussetzung eines berechtigten Interesses für alle Fälle, nicht bloß für das Verteilungsverfahren".

So viel diese Beweisführung auch für sich haben mag, glauben wir doch nicht an die Berechtigung, die für diese beiden Fälle aufgestellten Grundsätze als generelle Regel auf die Simulation übertragen zu können, sondern müssen Goldstaub[1]) beipflichten, wenn er diese beiden Fälle als Ausnahmevorschriften, die aus besonderen Gründen statuiert sind, ansieht und mit ihm Rehbein den alten Rechtssatz „ius singulare non est producendum ad consequentias" entgegenhalten. U. M. nach treffen die Vertreter der entgegengesetzten Lehre das richtige, wenn sie Dritten auch ohne Vorliegen eines besonderen Interesses die Berufung auf Simulation zugestehen und glauben, diese Anschauung aus der im BGB aufgestellten absoluten Nichtigkeit herleiten zu können.[2]) Aus der absoluten Nichtigkeit der Simulation ergibt sich, daß ein rechtlich wirksames Geschäft überhaupt nicht existiert und diese Nichtexistenz ist eine Nichtexistenz für jeden, nicht nur für die Simulanten. Da nun das Geschäft rechtlich nicht vorhanden ist und es für und gegen niemand Wirkung hat, so muß sich folgerichtig auch jeder Dritte unbeschränkt auf die Nichtigkeit berufen dürfen. Mit Oertmann[3]) sind wir überzeugt, daß „das Proton pseudos die Annahme ist, daß die Simulation nur eine Einrede d. h. ein Gegenrecht gewähre".[4]) — Tatsächlich ist aber das simulierte

---

[1]) a. a. O., S. 26.

[2]) Matthiaß, BGB Bd. I S. 109 ff.; Neumann, BGB Bd. I S. 146; Oertmann, BGB A. T. S. 349.

[3]) Siehe Oertmann, BGB A. T. S. 349.

[4]) Daher Einwendung, nicht Einrede im Sinne des BGB, cf. Goldmann-Lilienthal, S. 147 Anmkg. 4.

Recht überhaupt nicht entstanden, seine Nichtigkeit müßte, wenn sich der Tatbestand der Simulation ergibt, von Amtswegen geltend gemacht werden. Außerdem wird unsere Ansicht, daß im Falle der Simulation das nichtige Rechtsgeschäft, weil rechtlich nicht vorhanden, für und gegen niemand Wirkung übe und sich daher jeder jedem gegenüber auf die Nichtigkeit berufen könne[1]), durch die Motive (Bd. I S. 193) und die Denkschrift zum bürgerlichen Gesetzbuch (S. 31) unterstützt, da es hier ohne jeden einschränkenden Zusatz heißt „die Nichtigkeit des Scheingeschäftes kann sowohl von den Parteien untereinander als auch gegenüber und von Dritten geltend gemacht werden" und „die Nichtigkeit des Scheingeschäfts kann von den Parteien sowohl gegeneinander als auch gegenüber Dritten geltend gemacht werden; nicht minder können sich Dritte darauf berufen."

§ 2.

Die Nichtigkeit im Verhältnis der Parteien zu Dritten.

Aus der absoluten Nichtigkeit des simulierten Rechtsgeschäftes ergibt sich ferner — was auch nicht bestritten wurde und wird —, daß die Simulation allgemein auch gegenüber Dritten geltend gemacht werden kann.[2]) Darüber aber, ob auch gutgläubigen dritten Personen gegenüber der Einwand der Simulation entgegengehalten werden kann, herrschte im gemeinen Recht noch große Meinungsverschiedenheit.[3]) Die

[1]) Siehe Enneccerus, BGB Bd. I S. 270.

[2]) Vgl. RGE in Seuff. Arch. Bd. 31 Nr. 201. Hier handelt es sich um den Fall, daß ein Makler, der einen simulierten Kauf vermittelt hatte, seine Maklergebühr nach dem simulierterweise höheren Kaufpreis berechnet wissen wollte, jedoch mit seiner Klage auf Grund der Simulation abgewiesen wurde.

[3]) Brinz-Lotmar. S. 25 Anmkg. 6: „Daß die Nichtigkeit der Simulation auch gutgläubigen Dritten gegenüber geltend gemacht werden könnte, wurde von vielen gemeinrechtlichen Schriftstellern verneint."

Ueberblick über die hauptsächliche gemeinrechtliche Literatur:

a) Anhänger der Verneinungstheorie.

Hartmann: in Iherings Jahrb. Bd. 20 S. 3 ff., begründet die Verneinung der gestellten Frage, ausgehend von der Beurteilung eines

meisten der gemeinrechtlichen Theoretiker verneinen die Frage und begründen ihre Ansicht durch den Hinweis auf die Verkehrssicherheit und analoge Quellenstellen betreffs Stellvertretung und Vollmacht, während die Vertreter der Bejahungstheorie gerade den Umstand für sich ins Feld führen, daß auch im römischen Recht im allgemeinen auch gutgläubigen Dritten die Simulation entgegengehalten werden kann.

Bei Abfassung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs wurde über diese Frage heiß gestritten. Dies beweisen die einzelnen Anträge, die zum Schutze des gutgläubigen Dritten in der Kommission gestellt worden sind. Wir verweisen auf Antrag 2 (Prot. S. 95): „Bei einer durch Rechtsgeschäft oder im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung

praktischen Falles, in der Erwägung, es würde „das Feststehen auf dem Boden des praktischen Lebens, das Ausgehen von seinen Bedürfnissen und Anschauungen, wie einst die klassischen Juristen Roms, so auch als sicheres Vorbeugungsmittel dienen gegen einseitige aprioristische Spekulation."

Kohler: in Studien über Mentalreservation und Simulation, Jahrbücher Bd. 16 S. 28: Daß ein Geschäft, welches unter den Parteien nur zum Schein gilt, sobald Veranstaltungen getroffen sind, welche es dem Publikum als wahr und echt erscheinen lassen, dem gutgläubigen Dritten gegenüber als wahr und echt erscheinen muß; oder genauer gesprochen, daß, wenn die Parteien ihre Willenserklärung zerstückeln und nur einen Teil derselben zur Kenntnis des Publikums bestimmten, diesem gegenüber auch nur der zur Kenntnisnahme bestimmte Teil gelten soll.

Mommsen, Erörterungen Bd. 2 S. 100, meint, daß die Nichtigkeit des simulierten Rechtsgeschäfts dem gutgläubigen Erwerber gegenüber nicht aufrecht erhalten werden könnte, falls der Veräußerer „Dritten gegenüber als legitimiert zur Vornahme des fraglichen Geschäfts erscheine". Dann greife das alte Rechtssprichwort Platz „Wer andern eine Grube gräbt, fällt selbst hinein".

Regelsberger in Endemanns Handb. Bd. 2 S. 408: „Gegenüber demjenigen Dritten, welcher auf Grund des simulierten Geschäfts im Vertrauen auf dessen Ernstlichkeit einen lästigen Erwerb gemacht habe oder Zahlung geleistet habe", findet die Geltendmachung der Nichtigkeit der Simulation keine Anwendung.

Kindel: in Das Recht an der Sache S. 332: „Es komme jedes simulierte Geschäft für gutgläubige Dritte als ein wirklich abgeschlossenes

erfolgenden Verfügung, welche den Gegenstand des Scheingeschäfts betrifft, gilt diese als ein ernstlich gemeintes Geschäft, wenn demjenigen, welcher durch die Verfügung ein Recht erworben oder von einer Belastung befreit werden soll, nicht bekannt ist, daß dasselbe zum Schein vorgenommen ist; erlangt derselbe hierdurch eine ungerechtfertigte Bereicherung aus dem Vermögen desjenigen, welcher zum Schein ein Recht übertragen oder aufgehoben oder eine Belastung übernommen hat, so haftet er diesem nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung." Ferner Antrag 3: „Eine Willenserklärung, welche mit dem Empfänger im Einverständnis zum Schein erfolgt, ist nichtig. Rechte, welche ein gutgläubiger Dritter auf Grund eines Scheingeschäfts erworben hat, werden

---

in Betracht. Der Tradent kann sich diesen gegenüber nicht auf eigene Simulation berufen."

b) Vertreter der Bejahungstheorie.

Windscheid im Archiv f. zivil. Praxis Bd. 63 S. 78 ff.: Man wird nicht vergessen dürfen, daß man, was man mit der einen Hand gibt, mit der andern Hand nimmt. Gewiß ist es für denjenigen, der erwerben soll, sehr angenehm, wenn er erwirbt, trotzdem daß eine Tatsache, welche seinen Erwerb rechtfertigen würde, nicht vorhanden ist, bloß deswegen, weil er im guten Glauben angenommen hat, sie sei vorhanden; aber in gleichem Maße ist es für denjenigen, welcher durch den Erwerb des andern verliert, empfindlich, wenn er verliert, obgleich eine seinen Verlust rechtfertigende Tatsache nicht vorhanden ist.

Lotmar in krit. Vierteljahrsschrift Bd. 25 S. 397: Was als Benachteiligung des Verkehrs zu erachten und welche Wirkung gewisse Rechtssätze auf den Verkehr haben, gehört, glaube ich, zu den schwierigsten Problemen und ist mit dem Hinweis auf ein Dutzend Fälle, wo Kontrahenten Schaden erlitten haben oder vor Schaden bewahrt worden sind, nicht zu erledigen.

Forrer in Simulation und Mentalreservation S. 37 ff.: Aus den Quellen dürfte sich bloß das negative Resultat ergeben, daß sie nirgends ausdrücklich anerkennen, es könne sich der simulierte Veräußerer auch Dritten redlichen Erwerbern gegenüber auf die Simulation berufen. Ist die Simulation ein Stück Betrug, so darf das Recht nie und nimmermehr einem derartigen rabulistischen Kniffe sein Ohr leihen, es hieße dies in der Zulassung der Berufung auf Simulation dem dolus eine Prämie setzen.

durch die Nichtigkeit nicht berührt." Ferner Antrag 4: „Einem Dritten, welcher auf die Ernstlichkeit der Willenserklärung vertraute, kann die Nichtigkeit nicht entgegengeführt werden." Nebst Unterantrag: „Einem Dritten, welcher auf die Ernstlichkeit der Willenserklärung vertraute, kann von denjenigen, die das Scheingeschäft abgeschlossen haben, die Nichtigkeit nicht entgegengehalten werden." Alle diese Anträge sind sichtlich durch die Absicht entstanden, den Schutz des gutgläubigen Dritten durch einen generellen Rechtssatz zu gewährleisten, jedoch hat keiner die Ueberzeugung der Notwendigkeit in sich getragen, so daß auch keiner angenommen wurde.[1]) Vielmehr ist entsprechend dem ursprünglichen Entwurf die Geltendmachung der Nichtigkeit auch dem gutgläubigen Dritten gegenüber im Prinzip zugelassen, da es an einem ausreichenden geschäftlichen Tatbestande fehlt und der bloße Glaube Dritter an sein Vorhandensein ihn nicht ersetzen kann.[2]) Prinzipiell findet also die Berufung gutgläubiger Dritter auf Simulation im Gesetz keine Stütze, jedoch durch einzelne Ausnahmevorschriften hat der Gesetzgeber der bona fides auch bei Simulation den Schutz gegeben, der ihr in privatrechtlicher Hinsicht gebührt.

[1]) Motive I S. 193: Besondere den Schutz gutgläubiger Dritter bezweckende Vorschriften sind nicht erforderlich.

[2]) Oertmann. BGB Allgem. Teil S. 349; Crome, BGB Bd. I S. 416ff. Vgl. Prot. Bd. I S. 97: Zu einer so weitgehenden Fürsorge zu Gunsten jedes Dritten fehle es bei dem Scheingeschäft an jedem inneren Grunde; die Täuschungsabsicht der Parteien werde häufig nur gegen die bestimmte Person gerichtet sein. Daraus lasse sich nicht für jedermann das Recht ableiten, das an sich ungültige Geschäft seinerseits als gültig zu behandeln. Es empfehle sich nicht, den Schutz des guten Glauben zu einem allgemeinen Rechtsprinzip zu erheben, zumal dadurch die Begründung der möglichst zu vermeidenden relativen Rechtsverhältnisse gefördert werden würde. Wenn sich auch im gemeinen Recht vereinzelte Stellen für die Erweiterung des Schutzes der bona fides im Sinne der Antragsteller geäußert hätten, so sei doch nicht anzunehmen, daß sich die Wissenschaft in dieser Richtung fortentwickeln werde und daß die Aufstellung eines entsprechenden allgemeinen Rechtssatzes dem modernen Rechtsbewußtsein entgegenkomme.

Zuerst finden wir ihn bei den Bestimmungen über den redlichen Erwerb beweglicher Sachen ausgesprochen, sei es, daß es sich handelt um den Erwerb des Eigentums (§§ 932 bis 935 BGB), sei es, daß es sich um Nießbrauch (§ 1032 BGB) oder Pfandrecht (§ 1207 BGB) handelt.

Beim Erwerbe von Grundstücksrechten greifen die Schutzbestimmungen des § 892 BGB über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs Platz; nach § 892 BGB wird in gleicher Weise der geschützt, der an einen im Grundbuche eingetragenen Scheinberechtigten eine Leistung bewirkt. Auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs kann sich der die Unrichtigkeit Kennende und der sie aus einem eingetragenen Widerspruch Entnehmende nicht verlassen.

Einen gutgläubigen Erwerb an Forderungsrechten kennt das BGB im allgemeinen nicht. Eine scheinbare Ausnahme bilden die Vorschriften der §§ 1138, 1155 BGB, nach denen der öffentliche Glaube des Grundbuchs im Hypothekenverkehr sich auch erstreckt auf die persönliche Forderung; jedoch handelt es sich hier in erster Reihe um den Erwerb des Liegenschaftsrechtes, die Forderung ist das Akzessorische. Eine wirkliche Ausnahme hat der Gesetzgeber nur im § 405 BGB[1]) aufgestellt. Hiernach kann der Schuldner, der eine simulierte Urkunde über die Schuld ausgestellt hat, dem Neugläubiger gegenüber diese Simulation nicht geltend machen, wenn die Uebertragung der Forderung unter Vorlegung des Schuldscheins geschehen ist.[2])

[1]) Vgl. code civil art. 1321.

[2]) Zu der Frage, ob unter den Sukzessoren des gutgläubigen Erwerbers guter oder böser Glaube in Betracht kommt, finden wir im Gesetze keinen Hinweis. Wir glauben uns den Ausführungen Oertmann (BGB allgem. Teil, S. 320) anschließen zu müssen, nach denen es zwar für den gutgläubigen Erwerber gleichgültig sein würde, ob bei einem seiner Rechtsvorgänger die in § 405 BGB aufgestellten Voraussetzungen fehlen. „Andererseits wird der neue Gläubiger, wenn er selbst beim Erwerbe der Forderung deren Nichtigkeit oder Unübertragbarkeit kannte, sich auch nicht darauf berufen können, daß bei einem seiner Rechtsvorgänger die Voraussetzungen des § 405 BGB vorliegen". Der-

Wenn jedoch einige Schriftsteller[1]) auch den nicht redlichen Gläubiger schützen wollen, so widerspricht diese Annahme dem Sinne der Gesetzgebung, die doch gerade nur den redlichen Verkehr schützen will. Zu erwähnen ist auch die Bestimmung des § 2366 BGB, nach der der Erwerb eines zum Nachlaß gehörenden Rechtes vom Scheinerben möglich ist.

Als Gegenstück zum § 405 BGB kann man den § 409 BGB bezeichnen. Denn schützt § 405 den redlichen Neugläubiger, so enthält § 409 eine Schutzbestimmung zugunsten des Schuldners für den Fall der Nichtigkeit der Forderungsübertragung. Voraussetzung ist Anzeige der Zession seitens des Altgläubigers an den Schuldner, oder Vorlegung einer Abtretungsurkunde seitens des Neugläubigers.[2])

Die §§ 171—173 BGB enthalten Vorschriften im Interesse des gutgläubigen Verkehrs zu Lasten des Vollmachtgebers, solange für die Vollmacht noch der Schein ihres Fortbestandes spricht.[3]) In demselben Sinne regelt § 576 BGB das Rechtsverhältnis bei der Miete.

Schließlich kommen noch §§ 956, 957 in Betracht, nach denen derjenige redliche Erwerber geschützt wird, der auf Grund einer Erlaubnis des Scheineigentümers sich Erzeugnisse oder sonstige Bestandteile der Sache angeeignet hat.

selben Ansicht Matthiass, BGB Bd. I S. 247; Fischer-Henle, BGB Anmerkung zu § 405; Staudinger, Bd. I Anmkg zu § 117; Endemann, BGB Bd. I § 152; Schollmeyer BGB zu § 405 Anderer Ansicht Planck, BGB Bd. II § zu 405 Anmkg. 4, der den Mangel als „definitiv geheilt" ansieht.

[1]) Oertmann, BGB Bd. II Anmkg. zu § 405. Schollmeyer: Das Recht der Schuldverhältnisse zu § 405 Anmkg. 1.

[2]) Aehnliche Anschauung vertreten durch Kuhlenbeck, Von den Pand. zum BGB Bd. II S. 158.

[3]) Vgl. die ausführlichen Erörterungen bei Rosenberg, Stellvertretung im Prozeß, S. 749 ff.

Zu bemerken ist für §§ 171, 409, daß die Vorlegung der Urkunde nicht wie bei § 405 BGB gleichzeitig bei Abschluß des Rechtsgeschäfts ausgeführt werden muß, sondern daß in den beiden ersteren Fällen eine Vorlegung früher oder später erfolgen kann.

γ Simulation im Zivilprozeß und Konkurs.

a) Daß auch die Parteihandlungen Willenserklärungen im Sinne des BGB sind und daß daher auch die Vorschrift des § 117 I prinzipiell anwendbar ist, war schon oben[1]) gezeigt worden. De facto wird es aber wohl kaum zur Anwendung der Simulationsbestimmung auf die prozessualen Handlungen kommen können, die gegenüber dem Gericht vorgenommen werden müssen. Denn dann müßte der Fall eintreten, daß das Gericht mit der Simulationsabsicht der Partei einverstanden wäre. In diesem, bei einem deutschen Richter wohl undenkbaren, Fall[2]) würde die betr. Parteihandlung, also evtl. auch der ganze Prozeß, nichtig sein.[3])

Hat aber die Simulationsabsicht lediglich unter den Parteien bestanden, ohne daß dies dem Gericht bekannt geworden, so wird durch diese Parteiabrede die Gültigkeit der Prozeßhandlung nicht berührt. So kann bei einem gerichtlichen Geständnis der Einwand der Simulation nicht geltend gemacht werden, wie sich aus § 290 ZPO unmittelbar ergibt.

Und gar erst das Urteil, der Staatsakt, „steht über allen Machenschaften der Parteien“[4]); der Einwand der Simulation könnte ihm nur dann entgegengesetzt werden, wenn der Richter die ihm bekannte Simulationsabsicht der Parteien gebilligt hätte.[5]) Was hier simuliert ist, ist nicht der Prozeß, denn den wollen die Parteien ernstlich, sondern nur das zu Grunde liegende materielle Rechtsverhältnis.[6])

Haben also die Parteien unter Mißbrauch der prozessualen Formen ein Anerkenntnisurteil, das in Wirklichkeit erst ein neues Recht des Klägers schuf, also Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit war, erlangt, so sind die Parteien an die Rechts-

---

[1]) II A. α § 1.

[2]) Stein, Vorbem. V 3 vor § 128, Bem. VIII[2] zu § 322.

[3]) Rosenberg, S. 749 ff.; Sintenis S. 395.

[4]) Stein, Bem. VIII 2 zu § 322; Sintenis, S. 395 f.; Hellwig in Abhandlungen Bd. 5, S. 211 § 30, Note 5a mit weiterer Literatur.

[5]) a. M. RG 36, 251; 46, 334; Traumann, S. 136.

[6]) Jaeger, § 35 Anmkg. 8. Ein äußerst interessanter Beleg dafür ist der in der Jur. Wochenschrift 1913, S. 1080, 1081 mitgeteilte Fall.

kraft des Urteils gebunden. Auch der von Seuffert[1]) beschrittene Weg, dem Schuldner als Einwendung im Sinne der Zwangsvollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO) eine exceptio doli zu geben, erscheint nicht gangbar, da der Einwand schon vor dem in § 767 Abs. 2 genannten Zeitpunkt entstanden ist.[2])

b) Im Konkurse gehören die dem Gemeinschuldner simuliert übertragenen Vermögenswerte nicht zur Konkursmasse.[3]) Der Forderungsgläubiger kann ohne weiteres sein Forderungsrecht gegenüber seinem Schuldner geltend machen, der Eigentümer der Sache als Aussonderungsberechtigter[4]) seinen Herausgabeanspruch gegen den durch den Konkursverwalter vertretenen[5]) Gemeinschuldner.

Sind Vermögenswerte des Gemeinschuldners simuliert von ihm auf Dritte übertragen, so kann der Konkursverwalter auf Grund des § 6 KO[3]) von dem Erwerber — nicht von gutgläubigen Dritten[6]) — Herausgabe verlangen, ohne daß er etwa erst zur Anfechtungsklage greifen müßte.[7]) Das Gleiche gilt, auch wenn der Erwerber auf Grund einer simulierten Einigung bereits in das Grundbuch eingetragen worden ist.[8]) Der Konkursverwalter kann Berichtigung des Grundbuchs verlangen und diesen Anspruch der Masse durch Widerspruch sichern lassen. Eine Anfechtungsklage ist nicht nötig, da das Grundstück noch nicht aus dem dem Konkurs unterliegenden Vermögen des Gemeinschuldners ausgeschieden ist.[9]) Daß die Praxis[10]) trotzdem die Anfechtungsklage nicht für unzu-

---

[1]) § 767 Bem. 3a zweiter Abs. S. 413 und die dort zitierten Entscheidungen.

[2]) Stein, Bem. II 1 zu § 767; RG 36, 251; Sintenis, S. 406 ff.

[3]) § 1 KO.

[4]) § 43 KO.

[5]) Jaeger, § 6 Bem. 3δ und 17.

[6]) Diesen schützen §§ 932 ff., 892 BGB usw.

[7]) Jaeger, § 29 Anmkg. 51; § 43 Anmkg. 38.

[8]) Vgl. oben II B α II 1; Wienstein in Gruchot 46, S. 241; 48, S. 706.

[9]) Insoweit ist RG 50 S. 121 abwegig.

[10]) RG in Jur. Wochenschrift 1914 S. 304 Nr. 10.

lässig erklärt, ergibt sich aus der Schwierigkeit des Simulationsbeweises, demgegenüber die Begründung einer Anfechtungsklage bedeutend leichter ist.

Auch außerhalb des Konkurses erübrigt sich die Erhebung der Anfechtungsklage[1]); der Gläubiger muß den Herausgabeanspruch des Schuldners gegen den simulierten Erwerber pfänden und sich überweisen lassen, bevor er gegen diesen vorgehen kann.[2])

C Schadensersatzpflicht.

Da infolge der absoluten Nichtigkeit das Rechtsgeschäft als nicht bestehend anzusehen ist und daher grundsätzlich keine rechtlichen Wirkungen zwischen den Kontrahenten begründet, hat bei einem Vertrag keine der Parteien einen Antrag auf Erfüllung und ebenfalls nicht auf das Interesse, das stets einen gültigen Anspruch voraussetzt. Auch läßt sich keine Schadensersatzpflicht aus § 122 BGB herleiten, da keine der beiden Parteien durch die Simulation getäuscht wird. — Zum Schutze gutgläubiger Dritter sind allerdings die vorher erwähnten Ausnahmevorschriften getroffen; jedoch sind auch Fälle möglich, in denen diese Sondermaßregeln nicht Platz greifen können. So in dem von Dernburg BGB Bd. I S. 428 erwähnten Fall, daß jemand sein Patentrecht simulierter Weise einem Scheinkäufer übertragen hat und dieser Lizenzen gegen Entgelt gab, welche der Scheinveräußerer dann nicht gelten lassen will.[3]) Oft wird in derartigen Fällen dem gutgläubigen Dritten eine exceptio doli zur Seite stehen; doch wird es sich hier immer um Ausnahmen handeln.[4]) Ist sie im Einzelfalle nicht genügend begründet, so werden infolge der absoluten Nichtig-

[1]) Gesetz vom 21. Juli 1879.

[2]) §§ 808, 809, 847 ZPO.

[3]) Dernburg geht, wohl kaum mit Recht, soweit, daß er in allen diesen Fällen dem gutgläubigen Dritten eine exceptio doli gewährt. Gegen ihn u. a. Planck, BGB Bd. I, zu § 117.

[4]) Siehe Enneccerus-Lehmann, BGB Bd. I S. 162.

keit dem Berechtigten, in diesem Falle dem Simulanten, die gewöhnlichen Rechtsschutzmittel gegenüber dem gutgläubigen Dritten beistehen. Allerdings wird oft der gutgläubige Dritte einen Schadensersatzanspruch nach § 826 BGB haben, aus den Gesichtspunkten der Täuschung, des Betrugs in gegen die guten Sitten verstoßender Weise.[1]) § 823 BGB wird sich nur in den Fällen anwenden lassen, wenn der Tatbestand dieses Paragraphen erfüllt ist, d. h. „das Leben der Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht" verletzt sei.[2])

Was auf Grund der simulierten Geschäfte geleistet ist, kann nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückverlangt werden.

---

[1]) Endemann, BGB Bd. I S. 365. Rehbein, BGB Bd. I S. 126. Staudinger, BGB Bd. I S. 350 ff.

[2]) Goldstaub läßt einen Schadensersatzanspruch aus § 823 BGB auf Fahrlässigkeit überhaupt nicht zu. Jedoch mit Unrecht, da vielfach (wie oben erwähnt) das verletzte Recht mit einem der dort erwähnten Rechte sich decken wird.

Aehnlicher Ansicht Planck, BGB Bd. I zu § 117.